

Javier Espinoza de los Monteros Sánchez*

Universidad Anáhuac (Estado de México, México)

jespinozams@hotmail.com

Sobre la universal contingencia de los Derechos Humanos

About the universal contingency of Human Rights

Sobre a universal contingencia dos Direitos Humanos

Artículo de investigación: recibido 04/07/2018 y aprobado 07/03/2019

* Profesor investigador de tiempo completo de la Universidad ANÁHUAC. Investigador adscrito al Centro de Estudios sobre el Riesgo en la Universidad del Salento, Italia.

Resumen

Nuestro tema es la universalidad de los derechos humanos. Aquí trataremos de dilucidar en qué consiste su carácter universal. Consideramos que tal carácter lo es en cuanto a la *forma*, mas no en cuanto a los *contenidos*. Pretendemos dar cuenta de la función que tiene la representación de los derechos como universales: que no es otra cosa que invisibilizar la contingencia de este derecho y legitimar la decisión (sea legislativa y sobre todo judicial) adoptada en virtud de que se basa en una premisa de naturaleza objetiva. Para ello, con el fin de acceder a esta descripción, utilizaremos los elementos de la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann y Raffaele De Giorgi. Mediante tal perspectiva de observación se pondrá de manifiesto que, careciendo de contenidos universales, los derechos no constituyen –como lo indica el pensamiento constitucional de más reciente factura– un «límite objetivo» frente a la producción normativa legislativa; que en la determinación de la compatibilidad o no compatibilidad de la producción normativa del legislador en relación con los derechos fundamentales (o contenidos sustanciales constitucionales, como se les acostumbre referir) los jueces constitucionales, en realidad, construyen el límite.

En otras palabras, se busca evidenciar que en el *derecho moderno* no hay fundamentos objetivos, sino que los fundamentos se construyen en el interior del sistema jurídico, y que, por tanto, carecen de plausibilidad las caracterizaciones de aquellos derechos como derecho natural: como un *deber ser*, esto es, como justicia.

Palabras claves: Derechos Humanos; Declaración universal de los Derechos Humanos.

Abstract

Our theme is the universality of human rights. Here we will try to elucidate what its universal nature consists of. We consider that such a character is in terms of *form*, but not in terms of *content*. We intend to give an account of the role of the representation of rights as universal: that is nothing to make invisible the contingency of this right and legitimize the decision (whether legislative and above all judicial) adopted by virtue of which it is based on a premise of an objective nature. For this, in order to access this description, we will use the elements of the theory of the society of Niklas Luhmann and Raffaele De Giorgi. By means of such an observation perspective it will become clear that, lacking universal content, the rights do not constitute -as indicated by the constitutional thought of the most recent invoice- an «objective limit» in relation to legislative normative production; that in determining the compatibility or non-compatibility of the normative production of the legislator in relation to fundamental

rights (or substantial constitutional content, as they are accustomed to refer) constitutional judges, in reality, construct the limit.

In other words, it seeks to show that in *modern right* there are no objective foundations, but that the foundations are built within the legal system, and that, therefore, the characterizations of those rights as a natural right are lacking in plausibility: as an *It must be*, that is, as justice.

Keywords: Human Rights; Universal declaration of Human Rights.

Resumo

Nosso tema é a universalidade dos direitos humanos. Aqui tentaremos esclarecer em que consiste seu caráter universal. Consideramos que tal caráter é em relação à forma, mas não em relação aos conteúdos. Pretenderemos perceber a função que tem a representação dos direitos como universais: que não é outra coisa que invisibilizar a contingência deste direito e legitimar a decisão (seja legislativa e sobre tudo judicial) adotada em virtude de que se baseia em uma premissa de natureza objetiva. Para isso, com a finalidade de acessar a esta descrição, utilizaremos os elementos da teoria da sociedade de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. Mediante tal perspectiva de observação se evidenciará que, carecendo de conteúdos universais, os direitos não constituem - como indica o pensamento constitucional de mais recente fatura - um «limite objetivo» diante da produção normativa legislativa; que na determinação da compatibilidade e não compatibilidade da produção normativa do legislador em relação com os direitos fundamentais (ou conteúdos substanciais constitucionais, como seja acostumado referir-se) os juízes constitucionais, em realidade, constroem o limite.

Em outras palavras, busca-se evidenciar que o direito moderno não há fundamentos objetivos, senão que os fundamentos se constituem no interior do sistema jurídico, e que, portanto, carecem de plausibilidade das caracterizações daqueles direitos como direito natural: como um dever ser, isto é, como justiça.

Palavras-chave: Direitos humanos; Declaração Universal dos direitos humanos.

*...la dimensión temporal de la producción de sentido
en esta sociedad es la dimensión más relevante.*

Raffaele De Giorgi

Temi di filosofia del diritto

La pretensión es problematizar una de las premisas que caracterizan, de modo fundamental, a los derechos humanos: su rasgo universal. Surgen varios cuestionamientos. Como universales, ¿los derechos son susceptibles de historización? ¿Cuál es su fundamento? Es decir, ¿hay un contenido del cual derivar un actuar objetivo y, en cuanto tal, con fuerza vinculante y validez universal? ¿Qué es lo propio de la naturaleza universal? Y todavía más, ¿qué función tiene, dentro del sistema de derecho, una caracterización como tal de una naturaleza universal?

Como se sabe, los derechos humanos no pueden concebirse sino como expectativas que trascienden cualquier esfera espacial y temporal, pero, además, aquellas obligan a todos en virtud de que no son el producto de un «consenso», sino que son una «verdad objetiva» que debe trascender cualquier consideración subjetiva; son algo así como el modo de ordenación social más racional y justo que se haya alcanzado (consideraciones críticas Gozzi, 2018). Al ser concebidos como inherentes, como ínsitos en la naturaleza humana, todos los seres humanos son portadores de aquellos derechos: poseen un cúmulo de expectativas que emanan directamente de su esencia como persona.

Tal perspectiva implicaría que los derechos siempre han estado ahí, de manera perenne a lo largo de la historia. Así venimos aleccionados y se nos muestra que la *Edad Moderna* ha sido solamente una etapa en la cual, por primera vez en la historia, los derechos habrían emprendido una marcha triunfal sin parangón y, a partir de ahí, cada día estamos frente a su proceso constante de reconocimiento normativo y también de su multiplicación. Los otros tiempos únicamente habrían negado, ocultado lo que siempre ha radicado en la naturaleza humana y de lo que no se le puede despojar al individuo.

Finalmente, el siglo XX habría alumbrado la era del reconocimiento planetario de estas expectativas y los Gobiernos no harían otra cosa que reconocer su majestuosidad, su carácter sacro, y someterse a estos límites objetivos y racionales, garantizarlos. De ellos, incluso, dependería la distinción entre naciones civilizadas y no civilizadas.

De este modo, los derechos han sido concebidos como *justicia*. En otras palabras, ellos vendrían ahora ya a reivindicar la dignidad humana ultrajada desde los tiempos de la barbarie, pisoteada por todo poder público y, en general, aquellos que han despreciado el valor auténtico de la persona. A finales del siglo XVIII se habría conocido y, más que nada, se habría experimentado esta nueva concepción del sujeto portador de expectativas exigibles (Costa, 2004) en primera instancia al poder público, pero ciertamente la justicia de los derechos no se habría podido realizar porque ellos habrían sido subordinados a una soberanía legislativa. De ahí que los derechos sean ahora ya un «coto vedado», para utilizar la expresión de un teórico contemporáneo (Garzón, 1989, p. 209 y ss.).

En el siglo pasado, se asume que la garantía de los derechos, de su intocabilidad y fundamento del derecho, no puede dejarse en manos de una soberanía legislativa,¹ que bajo un consenso formal democrático pudiera arrasar a los derechos, por lo que viene confiada ahora a los jueces esta función. Custodios del derecho y de los principios o valores universales. La puesta a control de la normación viene descrita por el pensamiento jurídico contemporáneo como una «certeza», como el ejercicio consistente en cotejar la compatibilidad de la producción normativa con el orden constitucional: en el que se expresa el orden de la naturaleza humana. Un orden intocable. Ningún poder público debe transgredirlo y los jueces están ahí para verificarlo. Un orden previo, objetivo, que ahora reconocido no podría ser soslayado, y, siendo el caso, el orden tiene que ser restaurado mediante las respectivas garantías institucionalizadas.

En realidad, qué es lo que acontece en el sistema del derecho.

Nosotros queremos realizar aquí lo que había indicado Niklas Luhmann (1973) en su *Ilustración sociológica*. Él decía que la producción de teorías era el resultado de problematización, es decir, de transformar lo autoevidente en un problema (pp. 110-113).

Ahora bien, nuestro ejercicio resulta legítimo porque los derechos ciertamente se han presentado en su primigenia, en los momentos fundacionales del constitucionalismo moderno, como «autoevidentes». Y, como es sabido, lo autoevidente no es objeto de cuestionamiento, no es objeto de dilucidación, no puede problematizarse porque es algo objetivo, una verdad. Sin embargo, no se trata de plantear una negación de los derechos, se trata de indicar su realidad: que ellos no son elementos *a priori*, que tengan una existencia previa (ellos

1 Al respecto, remitimos a Fioravanti (2016).

derivan, son el resultado de una diversidad de enfoques teóricos) (Tuck, 1979, p. 2), sino que son contruidos, y que, dependiendo del observador, en este caso del sistema del derecho, su contenido y límites pueden variar.

La sociología de Niklas Luhmann y Raffaele De Giorgi nos ayudará a comprender su función, a describir la operatividad del derecho de la modernidad, a describir la autoreferencia del derecho, en el sentido de que el derecho controla sus procesos de producción: de creación de derecho y de cancelación de derecho. En efecto, solamente el derecho puede decir lo que es el derecho. Y, en esta operación de decidir lo que es el derecho, el derecho opera mediante selectividad (De Giorgi, 2018, b), mediante la elección de alguna de las alternativas que se le presenten y que también pudieron o bien podrán también constituir derecho válido.

Nosotros consideramos que los derechos no son el orden del mundo: en efecto, no se puede acceder a un conocimiento directo de los contenidos normativos que vinculen, sino que ellos son determinados en sede de cortes constitucionales, principalmente. La expedición de una norma legislativa no encuentra un límite objetivo que, incluso, sea válido en todos los ordenamientos jurídicos estatales o bien dentro de un mismo ordenamiento; fijado el contenido o límite este puede variar posteriormente. Asimismo, lo que para un sistema jurídico es un límite objetivo, para otro no. La realidad del derecho viene producida por el propio derecho. Y esa realidad la produce mediante observaciones, con distinciones, no con fundamentos.

En este sentido, ellos no representan un deber ser, una verdad, ellos no son universales. Bajo principios universales se esconde la contingencia de los sistemas parciales de la sociedad moderna (De Giorgi, 2015). Mas el recurso a universales, a fundamentos, es altamente utilizable para fundar pretensiones en materia de derechos, porque de otra manera se haría visible la ausencia de fundamentos, o más bien lo vacío de esos fundamentos. De esto queremos dar cuenta.

Universalidad e historicidad de los derechos

El problema es el comienzo. Dicho con otras palabras: ¿en dónde iniciar la narración de los derechos si ellos siempre se han encontrado presentes a lo largo del devenir histórico? Así nos lo hacen saber la multiplicidad de definiciones que tenemos sobre los derechos humanos, sobre su carácter ínsito y universal (Nikken, 1996), por el hecho de ser seres humanos (Donnelly, 1994). Derechos

que poseen los sujetos desde su nacimiento, en todos los tiempos y en todas las latitudes.²

El hecho de que su narración³ comience generalmente con el derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII, y luego ese pensamiento, un siglo posterior, se materialice en el plano normativo y, en todo caso, inaugure un nuevo «orden social», sería, desde aquella perspectiva, solamente abrir los ojos de frente a la auténtica, a la verdadera esencia del hombre: frente a la naturaleza humana, tal y como es: en su ontología.

Removidos los obstáculos de las artificialidades que se habían edificado en torno a la naturaleza humana en los órdenes sociales pre-modernos, pasaríamos a su genuina versión enarbolada por la libertad y la igualdad, y con ello a poner la dignidad de los sujetos en primer plano. Esto es, como eje fundacional de todo orden social. Ahora lo sería de este orden, pero también la pretensión de validez es para el pasado; solo que estando ellos –los derechos– ahí, habían sido negados, se había tenido ceguera.

Frente a la amnesia habría que dejar constancia, tal y como se manifiesta en el preámbulo de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.

2 Pregonaba la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776.

3 No obstante, esto no ha sido obstáculo. Aunque de alguna u otra forma los mismos teóricos de los derechos humanos son conscientes del hecho de que los derechos aparecen en el contexto de los tiempos modernos (Nikken, 1996).

El eco se deja escuchar un siglo más tarde en la declaración de la Organización de las Naciones Unidas:

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Bajo un enfoque como este es comprensible que se pueda deducir que en la historia se encontrarían los indicios de la sociedad justa, de la racionalidad universal. Solamente habría que esperar a la evolución (Ayala, 2003, p. 377 y ss.). A esa especie de fuerza mística e invisible que vuelve a colocar las cosas en su lugar, que reivindica desviaciones.⁴ Estas son descripciones que ven, en el transcurso del tiempo, un cúmulo de experiencias que han podido cristalizar el perfeccionamiento de la racionalidad humana: este estadio superior es concebido como el resultado de una programación hacia el futuro que parte del pasado.⁵ Así tenemos el encadenamiento secular de los derechos y luego, finalmente, el paso al esplendor de la razón. Así, por ejemplo, los derechos los encontraríamos en el medievo, en la carta magna de Juan sin tierra de 1215 y también los encontraríamos más adelante, en el siglo XVI, en la disputa que tuvo lugar en Valladolid sobre la determinación de la naturaleza del indígena. Y así otros tantos lugares que ya vislumbraban, como se pretende hacer ver, la preocupación por los derechos del sujeto, que aparecían intermitentemente, que no terminaban por concretarse, por materializar su emancipación, su dignificación.

El proceso de civilidad habría finalmente llegado a un estadio de estabilización, en el que se fundaba un orden sólido que de forma ya permanente tuviera como eje aquellas expectativas. En efecto, se aduce en la ya citada Declaración francesa de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789:

«La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre».

4 Aquí nos referimos a la idea evolutiva de Leon Duguit (2007), aunque, como es sabido, su enfoque es utilizado para aducir que el racionalismo universalista habría sido el obstáculo que frenó momentáneamente el proceso evolutivo.

5 Obsérvense, en este sentido, las consideraciones expuestas por Ferguson (2010, p. 44).

En otras palabras: hay Estado porque hay derechos que tutelar. Son el perno sobre el que gira todo el orden político-jurídico moderno. Pero ¿cuáles derechos eran objeto de tutela? y ¿ellos son los que conocemos actualmente?, según la ya citada declaración francesa: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. En efecto, no encontramos la multiplicidad de derechos que en el mundo contemporáneo constituyen sendas listas, declaraciones o que forman parte de instrumentos internacionales. No hay derecho a la intimidad, a la educación, a la vivienda como un derecho del sujeto, el derecho a la salud, el derecho a un medioambiente sano ni el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. Y, sin embargo, por poner un ejemplo, no faltan las obstinaciones en ver ahí, en la Francia posrevolucionaria, las expectativas negativas, o sea, los derechos de prestación (los derechos sociales) que en el curso de la evolución habrían sido en el siglo XX coronados: es decir, equiparados a las otras categorías de derechos. La anterior afirmación es comprensible porque, naturalmente, se tiene que explicar y justificar, aunque de manera bien forzada y anacrónica, la existencia de estos derechos innatos y atemporales.

Como es sabido, el tema de ciertas exigencias de carácter social frente a la autoridad pública respecto a aquellas personas que *per se* no pueden satisfacer sus necesidades, y que en el léxico de los derechos llamaríamos sociales, como el «derecho al socorro», se enmarcaba en un contexto específico dentro de la corriente jacobina que, según Sieyès, era una responsabilidad de la Patria frente a sus hijos desprotegidos que le han sido leales; pero jamás fueron tematizados como derechos cuya derivación proviniese de los sujetos.⁶

Asimismo, en general, la conocida clasificación de los derechos en «generaciones» pone de manifiesto el hecho de que los derechos no tienen un soporte historicista y, por tanto, universalista. A lo que aquella clasificación refiere es cierta clase de expectativas que surgieron en una determinada temporalidad como producto de movimientos que desembocan en coronamientos normativos;⁷ y lo hace partiendo desde una perspectiva evolucionista, esto

6 Al respecto, remitimos a nuestro trabajo: Espinoza de los Monteros (2013).

7 Por tanto, de este modo no resulta extraño que estas situaciones se hayan desenvuelto en la Edad Moderna y utilizando este lenguaje propio de esta etapa. Un orden que tiene su representación, o más bien halla su legitimidad, en estos núcleos semánticos.

es, que se presenta como lineal,⁸ lo que, en todo caso, aparta de su matriz originaria: de su «perennidad». Se trata de una perspectiva sesgada: como toda clasificación es estrecha y hace simplificaciones. Como es sabido, hay derechos que han surgido contemporáneamente y que pudieran clasificarse dentro de algunas de las ordenaciones (generaciones) de derechos, sin embargo, ya no encajarían en la historicidad rigorista que se pretende trazar, como si los derechos surgieran estrictamente en bloques de temporalidad. Pero, además, dado que la raíz primigenia de los derechos es su carácter inmutable (derecho natural racionalista), el hecho de que constantemente se produzcan y multipliquen nuevos derechos desmiente la raíz de estos derechos caracterizados como ínsitos. Se trata de otra versión de los derechos que se separa de aquellas versiones contractualistas del derecho natural racionalista. Ciertamente, el significado de los derechos no ha sido unívoco; hay diversos modos de entender los derechos que se reflejan en distintas teorías. De ahí las diversas versiones y justificaciones según el contexto histórico (Viola, 2009).

Un distinguido historiador del derecho, Francisco Tomás y Valiente (citado por Clavero, B. 1997) habría dicho: no hay dogmática sin historia. Y, en este sentido, podemos entender que todo concepto o doctrina es producto de una temporalidad y solamente puede ser comprendido dentro de ese contexto (Dewey, 2013, p. 338). Cuando nosotros queremos ver en otros tiempos lo que no hay, es decir, cuando proyectamos nuestra dogmática de forma universal, descontextualizándola, entonces incurrimos en falsaciones y en las más graves confusiones, habría dicho un distinguido iushistoriador contemporáneo (Grossi, 2005, pp. 16-17).

Si bien es verdad que la relación derechos-deberes ha estado presente en los distintos órdenes sociales, esto es, desde la antigüedad hasta nuestros días, de ahí no podemos atisbar que este binomio derechos-deberes tenga el mismo significado. Su caracterización depende de la temporalidad de un «orden social» que lo determina en cuanto a sus alcances, contenidos, formas de reivindicación y la forma en que se representa en relación con dicha ordenación (Costa, 2004, p. 46). La idea de un sujeto libre e igual es una representación del orden social moderno. La concepción del sujeto poseedor de estos atributos

⁸ Aquí no entraremos en la referencia a la falta de coherencia teórica que subyace en la clasificación generacional y ha hecho de los derechos una especie de neblina conceptual. Al respecto, remitimos a Massini (2018, p. 55 y ss.).

intrínsecos no se encuentra presente en órdenes anteriores que se representan como estructuras jerárquicas.

Como universales, los derechos son ahistóricos y esto dificulta observar su colocación, significado, alcance y el papel que juegan en un orden social moderno donde tienen cabida y donde operan.

La autoevidencia de los derechos y los problemas para su cognición

Los derechos surgen, en su primigenia, como reacción a las estructuras jerárquicas del orden social medieval (De Giorgi, 2018a, p. 63). Esas estructuras que constituyeron un orden diferenciado a través de la estratificación social expresaban una idea de naturaleza, ciertamente. En este sentido, se puede decir que los derechos surgen de un proceso que va *de la naturaleza a la naturaleza*. Es decir, los derechos se emancipan de una idea de naturaleza y se estabilizan en otra idea de naturaleza. En aquella concepción de naturaleza, que parte de la diferenciación jerárquica, la noción de un sujeto, en lo individual, titular de derecho era visto como un «vulgar axioma» (Clavero, 1997, p. 182). En el orden medieval el sujeto relevante es la corporación, y de la ésta, solamente de su adscripción a ella, derivaban los derechos para los sujetos.⁹ Las prerrogativas de la Carta Magna de 1215 se encuentran dentro de este contexto corporativo (Fioravanti, 2016b, p. 68 y ss.).

En aquella forma de diferenciación social del medievo no tenía cabida la idea de libertad y de igualdad. En otras palabras, los sujetos, o más bien «todos» los sujetos, no tenían un acceso universal al derecho, a la política, a la economía, a la educación, al arte.

Libertad e igualdad son el presupuesto del orden social moderno porque posibilitan un acceso universal a los sistemas sociales (Luhmann, 2009, p. 72).

Ellas son ideas universales; el hombre, en efecto, es inventado como libre y como igual porque es el «requisito de operatividad» de los sistemas sociales modernos, que han adquirido un grado de diferenciación funcional respecto al sistema de la religión en el que habían estado subsumidos:¹⁰ en el que no tenían una autonomía que constituyera su diferencia respecto a otros sistemas y en el que no operaban con su propia racionalidad. La ciencia no podía especificarse en

⁹ Entre otros, Costa (2004).

¹⁰ Al respecto véase Luhmann (1997, p. 116 y ss.; 2010, p. 121 y ss.).

la producción de veracidad, la política no podía concentrarse en la producción de politicidad, el derecho no podía especificarse en la producción de juridicidad. No podían constituirse como ámbitos de autonomía funcional y, por tanto, ellos y solamente ellos, particularmente, no podían decidir en última instancia lo que ellos mismos son. En este sentido, el derecho no podría decir él, sino en su lugar una instancia metafísica, lo que es el derecho.

Los sistemas sociales modernos necesitaban este requisito. Posibilitada esta adquisición evolutiva, los sujetos tendrían acceso a los sistemas. Todos tendrían acceso a la educación, y no solamente una clase privilegiada, todos tendrían acceso al derecho, todos tendrían acceso a la política, todos tendrían acceso a la economía. Son ideas universales; es la idea de la «inclusión universal». Solamente que luego de la inclusión de los sujetos en los sistemas sociales modernos opera la selectividad de aquellos sistemas. En efecto, en la sociedad moderna estamos incluidos porque estamos excluidos (De Giorgi, inédito). Estamos incluidos por la forma universal, pero los contenidos son contingentes. Esto vale para nuestro derecho como sistema social moderno. Porque el derecho en sus formas se presenta como universal (libres, iguales, esto es, dignos), pero en sus contenidos es ciertamente contingente, y delante de la contingencia se deben hacer elecciones. Sobre esto se volverá más adelante.

Esta estructura decisional del derecho es ocultada por los principios universales, por las formas del derecho. Una de estas formas es los derechos humanos. Solamente que esto no se puede observar porque los derechos son presentados como universales, como objetivos, como autoevidencias. Y las autoevidencias impiden el acceso al conocimiento.

En la declaración de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776 se hace una exaltación de los derechos como entidades objetivas:

«We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness».

En la declaración norteamericana se hacía explícita la idea de que los derechos constituyen una «verdad». En esto constituía su «autoevidencia» (entre esos derechos autoevidentes estaban la vida, la libertad, la felicidad).

En símiles términos, la Asamblea Nacional francesa (es decir, los representantes del Pueblo en 1789), compelida por la imperatividad de dejar constancia de los derechos, apoyaba sus reivindicaciones en «máximas indiscutibles». Así tenemos que el acto declarativo —entre sus finalidades— era «para que las reclamaciones

de los ciudadanos, fundadas desde ahora en *principios simples e indiscutibles*, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos».

¿Qué hay detrás de estas verdades, de estas autoevidencias? Hay un consenso que se expresa en forma de «racionalidad objetiva». Es el pensamiento occidental, es aquella racionalidad de la vieja Europa que, de vez en vez, va expandiéndose, que va produciendo sentido, que va construyendo significado en torno a la idea de naturaleza de los sujetos libres, iguales y, por tanto, dignos. Ahí hay una experiencia que se ha democratizado y que, escondiendo que es producto consensual de una civilidad, se ha pretendido imponer como *ratio universalis*. Como una razón ordenadora en todo espacio y en todo lugar, como la única alternativa coherente y superior que todas las culturas deberían adoptar.¹¹

Obviamente, como cuestiones de autoevidencia, no se puede ver que aquellos principios «incuestionables» (es decir, que constituyen una verdad objetiva) son una realidad construida por Occidente y que son el imperativo de aquel pensamiento.

Si se observa *qué hay debajo*, esto es, en qué consisten aquellos principios, no encontramos sustancia. En otras palabras, ¿qué esconden estos absolutos? En torno a los derechos tenemos «dominios consensuales», acuerdos producidos por el Occidente, pero no se trata de un consenso universal. Como ha explicado el biólogo Humberto Maturana (2011):

Nosotros, seres humanos, vivimos en comunidades cognitivas, cada una definida por el criterio de aceptación de lo que constituyen las acciones o conductas adecuadas a sus miembros. Como tales, los dominios cognitivos son dominios consensuales en la praxis del vivir de los observadores. Debido a esto, ser miembro en cualquier comunidad humana es operacional: quien sea que satisfaga el criterio de aceptación para ser miembro de una comunidad particular, es un miembro de ella. (p. 81).

En este sentido, ya nos resulta claro por qué desde hace ya algunos años un destacado historiador denunciaba que la premisa de la autoevidencia de los derechos permanecía un objeto por aclarar (Hunt, 2009, p. 17 y ss.).

¹¹ Sobre esta razón universal, por ejemplo, ya se lamentaba en el siglo pasado el ius sociólogo francés Leon Duguit; es decir, sobre el supuesto “desenvolvimiento normal y racional de los principios inmortales y definitivos” (2007, p. 19).

Universalidad formal y contenidos contingentes de los derechos

El tema de la universalidad es, en otros términos, aquel del fundamento y, por tanto, el de su carácter universal. Porque el problema fundamental consiste en la pretendida existencia, que está pendiente de demostración, de unos principios concebidos como universales (una sola racionalidad universal) de los cuales pueda desprenderse fuerza de obligatoriedad para todos, para todas las culturas, así como en el ámbito interno de los Estados constitucionales modernos. Es decir, principios de una racionalidad superior¹² y principios fundamentales en lo que respecta al ámbito de los sistemas constitucionales modernos.

¿Este derecho, el derecho moderno, tiene fundamentos? En la literatura jurídica nos encontramos que los derechos son el fundamento del sistema del derecho. Esta afirmación expresa la vieja idea de la filosofía del derecho natural: la necesidad de unos principios superiores que condicionen el sistema de normas (Dewey, 2013, p. 337 y ss.). Es decir, la identificación de «principios fundamentales» tiene la función de constituir un parámetro sustancial frente al cual cotejar que las normas –no fundamentales– tengan compatibilidad con aquel referente. Se le ha conocido como derecho justo y este funge como un ámbito de validez del sistema del derecho positivo (Kaufmann, 2006, p. 42).

Decía Kant (citado por Welzel, H., 1964):

Todo pasa ante nosotros como en un río, y el gusto cambiante y las diferentes formas del hombre transforman todo el juego en incierto y engañoso. ¿Dónde encuentro puntos firmes de la naturaleza, que el hombre no pueda nunca desplazar, y dónde puedo fijar indicaciones que señalen la ribera en que ha de detenerse puntos invariables?

Como es sabido, la característica de todo derecho natural es su pretensión de inmutabilidad (Welzel, 1964, p. 228). Los derechos humanos en su origen, su origen como construcción teórica, están vinculados al derecho natural racionalista (Gozzi, 2011). Un derecho natural que, en su última fase, habría

¹² Sobre este problema de la racionalidad superior frente a otras cosmovisiones y culturas ya se ha hablado en los apartados anteriores y hemos indicado que, en realidad, se trata de otra racionalidad que, presentada con un carácter objetivo y, por tanto, universal, trata a las otras racionalidades como bárbaras.

producido la laicización del derecho; es decir, dar una colocación del derecho y de los derechos fuera del orden religioso.¹³

Estos absolutos, estos puntos firmes, los representan contemporáneamente los derechos humanos.

Pero, en esta sociedad, la sociedad moderna, y más específicamente en su derecho, ¿tienen cabida los fundamentos eternos e inmutables? A nosotros nos parece que no, y ciertamente no es lo mismo tener fundamentos (*a priori*, objetivos) que «construir» fundamentos (*a posteriori*). Este derecho moderno se autofundamenta, construye su realidad con la que opera (De Giorgi, 2018b).

Los derechos humanos son concebidos como *a priori* porque son considerados un orden previo: se dice anterior y superior al derecho del Estado. Ellos son pues autoevidentes y universales desde esta perspectiva. Esta descripción solamente impide observar lo que acontece en el sistema del derecho: la forma en la que opera, esto es, su auto-legitimación, que equivale a la ausencia de fundamentos.

La ausencia de fundamentos debe ser escondida, debe ser ocultada la artificialidad; si no, el derecho no podría operar, se bloquearía porque se observaría la ausencia de legitimidad de este derecho. La forma en que se oculta la artificialidad es el recurso a universales, a inmutabilidades. Las autoevidencias tienen la función de invisibilizar la contingencia: la posibilidad de lo diverso. Las autoevidencias expresan certezas, nos hacen sentir y ofrecen seguridad. Por esto han podido persistir estas descripciones. Porque hacen más familiar nuestro conocimiento del mundo. Pero hacerlo familiar no es otra cosa que «democratizar la experiencia»: volverla consensual. Y volverla consensual implica reducir nuestras posibilidades cognitivas del mundo. Nuestro acceso al conocimiento viene limitado, condicionado, «controlado de origen», para utilizar la expresión de mi querido maestro Raffaele De Giorgi (2018b). ¿Cómo pueden tener espacio en el derecho natural si en este derecho moderno encontramos contingencia y no un orden superior invariable (esto es, colocado más allá del sistema del derecho)?

El resurgimiento de los derechos en la segunda posguerra reavivó el derecho natural; el eterno retorno del derecho natural –para utilizar la afirmación de Henrich Rommen– en aquellos momentos de incertidumbre. En realidad, se habría levantado una «cortina de humo» (Luhmann, 2010, p. 23), porque era la resistencia de las instituciones políticas la que podía haber hecho frente al

13 Aunque en los inicios del movimiento constitucionalista se apelaba todavía al nombre de Dios, el orden ya no se fundamentaba en el sistema religioso; ya no obtenía su validez de aquel sistema.

problema del totalitarismo. Los derechos serían colocados en el ámbito de las constituciones, fungiendo como un «límite», y este como garantía de «un no más» (Ferrajoli, 2017). La producción normativa estaría asegurada en relación con los límites objetivos: es decir, los derechos. Unas expectativas concebidas como emanación directa de la esencia de la naturaleza, las cuales ya no serían más una concesión del Estado; el Estado declaraba su existencia previa y se comprometía a velar por los mismos (a garantizarlos = justicia constitucional).

Como habría observado Luhmann (Luhmann, N., *El derecho de la sociedad* 2002): «Para escapar a las pretensiones consecuentes del puro arbitrio vienen continuamente emprendidos grandísimos esfuerzos. Se vuelve a apelar a un residuo de fundamentos invariables, a al menos algunos valores absolutos o a normas que tengan un mínimo contenido ético-iusnaturalista».

Dignidad, libertad, igualdad, felicidad, vida, seguridad; estas semánticas son caracterizadas por su gran abstracción, por su generalidad.¹⁴ Ellas, percibidas como valores superiores, como máximas intocabilidades –para utilizar la expresión de Luhmann–, sirven para dar la percepción de un orden estable. Fundan a la constitución, pero no tienen ellas mismas un fundamento. Los derechos producen un efecto «tranquilizador» y «legitimante» (Cárcova, 1988, p. 58); puestos en las constituciones modernas parecen darnos certezas, seguridad; puestos en las constituciones adquieren un carácter sacro, superior, de fundamentalidad.

Aquellos principios y los derechos son semánticamente vacíos, carentes de contenido. El hecho de su universalidad consiste en su carácter formal, solamente que así tienen un carácter tan general y abstracto. En su generalidad no son susceptibles de aplicación. Es por ello que, como diría mi querido maestro Raffaele De Giorgi (2015), se producen –en relación a los derechos– «expectativas privadas de fundamento» (p. 201). Ellos deben ser concretizados. Y es ahí en su aplicación, en su determinación, que se muestra su carácter contingente (Kaufmann, 1998, p. 25).

Su concretización corresponde a los jueces constitucionales. Ellos construyen estos contenidos, determinan si una ley expedida por el legislador es o no es compatible con estos principios. A través de la vida se puede justificar la llamada muerte piadosa (muerte digna) o bien se puede decir que esta va en contra de los principios fundamentales, ya que la vida es indisponible. Las relaciones

14 Así, por ejemplo, Habermas (2010).

homosexuales pueden regularse, haciendo primar el principio de igualdad, como matrimonio o se puede decir que dichas relaciones no pueden equipararse, que no se puede dar un trato igualitario porque ahí no opera la igualdad. Y siendo que los argumentos aducidos para la justificación del matrimonio igualitario pueden ser utilizados de forma análoga para justificar la poligamia, la igualdad, y la validación de estas relaciones solo está reservada a las cortes, ¿en dónde está esta realidad previa de los derechos?, si es necesario que un tribunal se pronuncie para hacer de esto derecho vinculante, derecho válido; y si no, no lo es, no tendría realidad jurídica, no tendría relevancia para el derecho. Tenemos coronados nuestros principios en los textos constitucionales y luego acontece lo que acontece: no acontece lo que deba ser. ¿Quién dice el deber ser, quién dice el límite objetivo? El contenido solo puede ser validado por el juez constitucional y solamente él le puede atribuir relevancia jurídica.

¿Cuál es el contenido universal? ¿Qué es lo propio de la naturaleza? El derecho construye ideas de naturaleza; es la naturaleza de la naturaleza. Hace sus representaciones de naturaleza, y las representaciones de naturaleza que produzca son legítimas, son vinculantes, porque se basa en los fundamentos y estos son, se presentan como, universales y objetivos. Los universales son aquellas «cáscaras protectoras» a las cuales siempre se puede acudir tratando de estabilizar lo que es inestable. Se trata de derecho, del sistema del derecho que opera con su selectividad, con la selectividad de la realidad que produce y que hace posible su operar. Su portada como indecibles es altamente útil para que ellos puedan constantemente ser decididos: decía un cibernético, Heinz von Foerster, que solamente se puede decidir sobre lo indecible, porque sobre lo que se ha decidido ya no se puede decidir, precisamente porque ya se ha decidido. Así ya no resulta extraño, es decir, resulta comprensible, que los derechos son dotados de un peso y derrotan a otros derechos, y siempre se realizan los derechos. La única certeza es que se apele a estos principios, a la racionalidad que el propio derecho ha producido.

Los derechos no provienen de quién sabe dónde. No son entidades metafísicas, sino una producción del propio derecho. Esto quiere decir que no son ni más humanos que el derecho positivo ni están fuera del derecho positivo. Si se asume tal consideración, es como si se duplicara el sistema jurídico. Y atenernos a otro orden, a otra instancia normativa que no tiene un contenido objetivo, es condicionar el derecho a una multiplicidad de ideas de justicia, de éticas

que, desde el plano de su objetividad particular –apelando a universalidad y obligatoriedad–, ejercerían violencia frente al sistema del derecho; el derecho no podría operar, no podría tomar decisiones. Y, como hemos dicho, solo el derecho puede decir lo que es el derecho. Él con sus consideraciones de justicia que dejan de lado otras consideraciones de justicia.

Sobre estos derechos (límites-garantías-certezas) el legislador no decidiría. Se sustraerían de la esfera estatal. Los jueces constitucionales solamente serían custodios de este orden previo.

En realidad, los derechos, desde su origen en el derecho natural racionalista, siempre estuvieron ligados a la esfera estatalista (Viola, 2009, pp. 71-72). Y, ciertamente, es ahí donde permanecen. No son derechos humanos –en relación con el derecho natural–, son derechos fundamentales. Todo parece indicar que de derecho natural quedan solamente residuos de enunciados normativos que apelan a su carácter de inviolabilidad e inalienabilidad (Luhmann, 2010, pp. 120-121). Ellos –los derechos– se enmarcan en el ámbito de una teoría (jurídica) del Estado y de la validez de su derecho. Hoy no opera el contraste derecho natural / derecho positivo, sino más bien derecho constitucional / derecho normal, o lo que es lo mismo: derecho positivo / positivo. Por eso decíamos desde el principio que solamente el derecho se refiere a derecho y así se produce un autocontrol del propio sistema.

Lo seguimos describiendo, este derecho de la modernidad, con conceptos que reenvían y que tenían su justificación en órdenes premodernos.

Se pueden poner las cartas sobre la mesa. La cuestión planteada se puede resolver si se logra describir el derecho como un sistema autopoietico y autodiferenciador. Este programa de teoría implica que el derecho mismo es quien produce todas las distinciones y descripciones que utiliza, y que la unidad del derecho no es más que el derecho de su autoproducción: «autopoiesis» (Luhmann, 2002, p. 85).

Dado que el derecho tiene que hacer frente al problema de la contingencia, esto es, del exceso de posibilidades de elecciones, este ha adquirido la «característica de la positividad». Y, en este sentido, podemos decir que el derecho es contingencia normada. Es una estructura decisional, mediante la cual se produce una selectividad de las posibilidades. Los universales condensados de sentido que llamamos derechos dejan abierto un amplio espacio a las posibilidades

electivas por parte del sistema del derecho. Entonces, las constituciones no son el orden del mundo. Con los derechos y los principios la conclusión se mantiene siempre abierta.

Como habría dicho van der Ven (citado por Kaufmann, A., 1998):

Los derechos humanos, bien declarados bien convenidos, son positivaciones del Derecho, y por eso se han convertido en sujetos a la situación.

El siglo pasado, Kafka habría advertido la artificialidad de los contenidos universales de los derechos, su no existencia factual. ¿Qué era aquello que cegaba y que estaba detrás de la puerta de la ley? ¿Por qué el guardián custodiaba tan celosamente Ley y por qué solamente él podía tener acceso y no dejaba ver lo que había detrás? Lo que estaba detrás de la puerta de la ley eran los derechos, lo sacro; y el custodio, el cual solamente tenía acceso a ella, eran los jueces constitucionales.

El campesino no podía ver lo que estaba detrás de la puerta: «porque no se puede ver lo que no se puede ver». Se pueden ver únicamente paradojas que se ocultan bajo los principios y los derechos objetivos, oscilaciones en la determinación de sentido. En otras palabras, el orden del mundo no es el orden de los derechos constitucionalizados. No hay un orden universal; hay descripciones –como autoevidencias, como «deber ser», para utilizar la expresión de un pensamiento contemporáneo multicitado»– (Ferrajoli, 2017, p. 21 y ss.) que nos impiden observar cuál es la realidad de la realidad de este derecho moderno. Una observación sociológica, como aquella de corte sistémico, tendría el imperativo de dar cuenta de esto: del derecho moderno y su realidad.

Bibliografía

- Ayala Martínez, J. M. (2003). El derecho natural antiguo y medieval. *Revista Española de filosofía medieval*, 10, 377-386.
- Cárcova, C. (1988). Acerca de las funciones del derecho. *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, (9), 47-58.
- Clavero, B. (1997). *Happy constitution. Cultura y lenguaje constitucionales*. Madrid: Trotta.
- Costa, P. (2004). Derechos. En M. Fioravanti (Ed.). *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho* (M. Martínez Neira, Trad.). Madrid: Trotta.

- De Giorgi, R. (inédito). *Senza destino*.
- De Giorgi, R. (2015). *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna* (J. Espinoza, Trad.). México: Fontamara.
- De Giorgi, R. (2018a). Ecología de los derechos humanos (J. Espinoza de los Monteros, Trad.). En J. Espinoza de los Monteros Sánchez et al. (Coords.). *Tendencias constitucionales para el siglo XXI en materia de Derechos Humanos. Colección de Estudios en torno al Centenario de la Constitución Mexicana* (p. 63.). México: Porrúa.
- De Giorgi, R. (2018b). *Observación sociológica de la filosofía del derecho* (J. Espinoza, Trad.). México: Derecho Global.
- Dewey, J. (2013). Mi filosofía del derecho. *Revista de Derecho Privado*, (24), 337-343.
- Duiguit, L. (2007). *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón* (C. G. Posada, Trad.). México: Ediciones Coyoacán.
- Ferguson, A. (2010). *Ensayo sobre la historia de la sociedad civil* (M. I. Wences Simon, Trad.). Madrid: Ediciones Akal.
- Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del coto vedado. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (6), 209-213.
- Gozzi, G. (2011). Derechos del hombre. *Diccionario Histórico Judicial de México*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Gozzi, G. (2018). *Derechos y civilidades. Historia y filosofía del derecho internacional* (J. Espinoza, Trad.). México: Derecho Global.
- Grossi, P. (2005). *Derecho, sociedad, Estado (Una recuperación para el Derecho)* (J. R. Narváez Hernández, Trad.). México: Escuela Libre de Derecho / El Colegio de Michoacán / Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
- Donnelly, J. (1994). *Derechos humanos universales: teoría y práctica*. México: Gernika.
- Espinoza de los Monteros Sánchez, J. (2013). Semánticas de los derechos sociales y su inserción en la constitución democrática. En J. Espinoza de los Monteros Sánchez (Coord.). *Los derechos sociales en el Estado constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Ferrajoli, L. (2017). *La democracia constitucional* (J. Espinoza, Trad.). México: Porrúa.
- Fioravanti, M. (2016a). *Derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (2016b). La Magna Carta nella storia del costituzionalismo. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 45, (1), 67-86.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44. 105-121.
- Hunt, L. (2009). *La invención de los derechos humanos* (J. Beltrán Ferrer, Trad.). Barcelona: Tusquets.
- Kaufmann, A. (1998). La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 38, 11-34.
- Kaufmann, A. (2006). *Filosofía del derecho* (L. Villar Borda y A. Montoya, Trads.). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Luhmann, N. (1973). *Ilustración sociológica y otros ensayos* (H. A. Murena, Trad.). Buenos Aires: Sur.
- Luhmann, N. (1997). *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna* (C. Fortea Gil, Trad.). Barcelona: Paidós.
- Luhmann, N. (2002). *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2009). ¿Cómo es posible el orden social? (Pedro Morandé Court, Trad.). México: Herder/Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2010). *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política* (J. Torres Nafarrate, Trad.). México: Ed. Universidad Iberoamericana.
- Massini, C. (2018). Derecho natural, derechos humanos y derechos de la tercera generación. En J. Espinoza de los Monteros Sánchez et al. (Coords.). *Tendencias constitucionales para el siglo XXI en materia de Derechos Humanos. Colección de Estudios en torno al Centenario de la Constitución Mexicana* (p. 55 y ss.). México: Porrúa. 41-59.

- Maturana, H. (2011). *La objetividad. Un argumento para obligar*. Buenos Aires: Granica / J C Sáez.
- Nikken, P. (1996). El concepto de derechos humanos. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Seminario sobre Derechos Humanos* (pp. 17-36).
- Tuck, R. (1979). *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Viola, F. (2009). I diritti umani sono diritti naturali. *Natura in Etica, Anuario di Etica*, (6), 69-92.
- Welzel, H. (1964). Límites y validez del derecho natural. *Dianoia: anuario de Filosofía*, 10, p. 228. 228-240.